

ボワソナード旧民法典草案（Projet）における法定解除の法的基礎 『プロジェ・初版』を分析素材として

著者	福本 忍
雑誌名	九州国際大学法学論集
巻	23
号	1.2.3
ページ	263-297
発行年	2017-03-20
URL	http://id.nii.ac.jp/1265/00000606/

ボワソナード旧民法典草案（Projet）における 法定解除の法的基礎（fondement juridique）の一素描

——『プロジェ・初版』を分析素材として

福 本 忍

目 次

- 一 はじめに
- 二 フランス民法旧1184条およびわが国旧民法典財産編421条の構造
- 三 『プロジェ・初版』草案441条および対応邦訳
- 四 『プロジェ・初版』註釈における法定解除の法的基礎についての検討
- 五 ボワソナードが示した「黙示の解除条件」の法的基礎の特質
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

1 本稿の目的と分析基軸の設定

本稿は、わが国旧民法典草案（Projet）の起草者であるギュスターヴ・エミール・ボワソナード（Gustave Emile BOISSONADE [1825～1910]。以下、ボワソナードと表記。）¹が同草案の註釈書（初版）において示した法定解除制度の法的根拠づけ（法的基礎 fondement juridique という。）の特質を明らかにするものである。具体的には、ボワソナードが起草したわが国旧民法典草案の初

1 ボワソナードが起草したのは、正確には旧民法典草案の大部分であることにつき、池田真朗『ボワソナードとその民法』3～4頁（慶應義塾大学出版会、2011）参照。また、家系図等を含めた生立ち（特に来日までの生立ち）に関して、大久保泰甫『日本近代法の父ボワソナード』7～40頁（岩波書店、1977）参照。

版（以下、『プロジェ・初版』と表記。）における法定解除（不履行解除）規定の観察および彼の手になる同草案規定の註釈（特に法定解除の基礎理論に関する部分）の分析を通じて、ボワソナードの法定解除基礎理論の原初的内容および特質を部分的にではあれ明らかにすることが本稿の目的となる。

筆者は、これまで、フランス債務法における法定解除の法的根拠（法的基礎）論、要件論、および両者の関係について研究を進めてきた²。本稿は、これらの研究成果を承けて、『プロジェ・初版』における法定解除、とりわけ、草案規定に関する註釈（commentaire）の検討を行う³。なお、『プロジェ・初版』における法定解除の基礎理論の研究については先行業績が存在し⁴、本稿もこれに負うところが大きい。だが、それでもなお本稿に独自性が見出されたとすれば、それは、分析基軸を法的基礎（論）、すなわち、後述「黙示の解除条件」構成をどのような法理論または法規範によって根拠づけるかという議論に絞った点、『プロジェ・初版』で示された法定解除の通則的規定に関する註釈をフォローし、ボワソナードと時代を同じくしたフランス民法学説（19世紀註釈学派・Ecole exégétique 以下、本文では註釈学派と表記。）⁵との若干の比較・

2 同国民法典制定以降、19世紀における法定解除（不履行解除）の法的基礎論、要件論、および両者の関係について、拙稿「フランス債務法における法定解除の法的基礎（fondement juridique）と要件論（1）、（2・完）——19世紀の学説・判例による『黙示の解除条件』構成の実質的修正に着目して——」立命館法学299号321頁以下（2005）および同302号181頁以下（2006）〔以下、拙稿（1）〇頁、拙稿（2・完）〇頁として引用。〕参照。また、19世紀初頭の学説における解除条項（約定解除）理論の対立構造を明らかにしたものとして、拙稿「19世紀初頭のフランス民法学における解除条項理論の一断面」立命館法学327・328号744頁以下（2010）参照（以下、拙稿「解除条項」〇頁として引用。）。

3 筆者は、拙稿（1）377頁注（11）において、「……各『プロジェ』においてボワソナードがいかなる法定解除法的基礎論等を示していたかについてはなお検討を要するため、本稿では扱わない。……」と記していた。本稿は、その検討・分析結果の一端を遅ればせながら公表するものである。

4 ボワソナードの各『プロジェ（初版、第二版、および新版）』ならびに旧民法典における法定解除規定を「解除と損害賠償の関係」という視角から分析したものと、鶴藤倫道「旧民法典における解除と損害賠償との関係について（一、二・完）」関東学園大学法学紀要10巻1号69頁および同2号227頁（2000）がある。本稿の分析対象である『プロジェ・初版』における法定解除の法的基礎についても検討がなされている。執筆に際し、鶴藤教授の論考を大いに参考・参照させていただいたことを明記しておく。

5 19世紀註釈学派一般については、碧海純一ほか『法学史』198～201頁〔山口俊夫（東京大学出版会、1976）、山口俊夫『概説フランス法 上』106～108頁（東京大学出版会、1978）、

ボワソナード旧民法典草案（Projet）における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の一素描
検討を試みた点、および彼が示した法定解除の基礎理論の特質が当時（19世紀末葉）としては画期的であった可能性があることを論証しようとした点にある。

2 分析対象の限定および分析の順序

本稿は、前掲目的との関係上、分析対象を次の通り限定する。まず、ボワソナードの手になる旧民法典草案である『プロジェ・初版』で示された法定解除（不履行解除）に関する草案規定のうち、通則的規範とされる草案441条を主たる分析対象とする。よって、解除の要件および効果の検討にまで立ち入ることができない。また、ボワソナードは、『プロジェ・初版』において詳細な註釈を付しているが、これについても、原則、分析対象を草案同条部分に限定する。ただし、本稿の目的に照らして必要な場合、約定解除について定めた草案442条の註釈も対象とした。次に、『プロジェ』には、その成立の経緯から、『プロジェ・初版』、『同・第二版』および『同・新版』の3つの版が存在するとされている⁶。だが、本稿は、最も古い『同・初版』のみを分析対象とする。本稿は、『プロジェ・初版』の叙述を分析対象として、ボワソナードの法定解除の基礎理論の初期段階構造を明らかにする。また、ボワソナードの理論の比較対象として、註釈学派も分析対象とする。

分析の順序は、次の通りである。まず、わが国旧民法典における法定解除規定の範となったフランス民法旧1184条（当時の規定。以下、フランス民法1184条または単に1184条と表記。）⁷およびわが国旧民法典財産編421条の文言（仏語

同『概説フランス法 下』6～7頁（東京大学出版会、2004）、および滝沢正『フランス法第4版』96～97頁（三省堂、2010）参照。

6 『プロジェ・新版』の解題を中心としたものではあるが、金山直樹『法典という近代 装置としての法』56頁（勁草書房、2011）がこの点指摘している。

7 フランス民法典は、2016年10月1日より改正法が施行されている。後述「黙示の解除条件」につき定めていた1184条は改正され、裁判外での一方的意思表示により契約を解除することができる新規定（改正フランス民法典1224条以下）が置かれた。同1224条は、「解除は、解除条項の適用によって、あるいは、十分に重大な不履行（inexécution suffisamment grave）がある場合に、債権者による債務者に対する送達若しくは裁判所の判決によって

公定訳も含む。)の特徴を一瞥し、若干の検討を加える(二)。次に、『プロジェ・初版』草案441条およびこれに対応する(と考えられる)⁸邦訳を掲げ、法文の構造・内容につき、フランス民法1184条との比較・考察を行う(三)。つづいて、『プロジェ・初版』(草案441条等)の註釈を分析し、ボワソナードの「黙示の解除条件」の捉え方、すなわち、法的基礎(論)の特徴を明らかにする(四)。これらの検討を踏まえて、ボワソナードの見解と、フランス民法1184条1項の「黙示の解除条件」に関する註釈学派の諸見解とを比較・検討し、その分析結果から、ボワソナードの「黙示の解除条件」に対する考え方の特徴を明らかにする。結論として、その特質から導き出される法的基礎(論)における新たな可能性を論証する(五)。最後に、残された課題と今後の展望を示す(六)。

二 フランス民法旧1184条およびわが国旧民法典財産編421条の構造

1 フランス民法1184条の構造と「黙示の解除条件」の法的基礎

改正前フランス民法典(以下、フランス民法典と表記。)は、わが国現行民法典⁹とは異なり、法定解除(不履行解除)の通則的規定を「黙示の解除条件」構成として規定していた。フランス民法典は、第3編 所有権を取得する種々の方法、第3章 契約または合意による債務一般、第4節 債務の様々な種類、第1款 条件つき債務、第3項 解除条件、第1184条として、以下の規定を置いていた。

生じる。」(試訳)と定めている。

8 対応すると「考えられる」としたのは、『プロジェ』各版には、それぞれ対応する翻訳書が複数存在するとされるからである。しかも、どの翻訳書がどの版の『プロジェ』に対応しているか自体についても、考証の点で争いがある。この点を指摘するものとして、池田真朗『債権譲渡の研究 増補二版』45頁および49頁注(2)〔弘文堂、2004〕参照。この「対応邦訳」の問題に関しては、特に『プロジェ・第二版』について種々の考証が試みられてきた。その点を指摘するものとして、鶴藤・前掲注(4)〔一〕97頁注(61)参照。本稿は、『プロジェ・初版』に対応すると考えられる邦訳(翻訳書)について、池田・前掲書49頁注(2)に記載されているものに従った(後述)。

9 わが国現行民法典は、法定解除(不履行解除)について、後述「黙示の解除条件」構成ではなく、解除権構成(形成権としての解除権構成)を採用している(民法540条以下)。

【フランス民法典 第1184条】

art 1184 La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

【試訳】

第1184条 ① 両契約当事者のうちの一方が自身の負う債務を何ら履行しない場合には、双務契約においては、常に、解除条件が黙示的に存在しているものとする。

② 前項の場合において、契約は、当然には解除されない。自身に対して債務が何ら履行されなかった当事者は、それが可能である場合には当該契約の履行を他方当事者に対して強制するか、または、損害賠償とともに当該契約の解除を請求するかを選択権を有する。

③ 解除は、裁判上請求しなければならない。そして、諸事情に応じて、被告に対しては、期間を付与することができる。

本稿の目的との関係で注目すべきは、同条1項である。19世紀以降、フランスの学説では、この特異ともいえる制度である「黙示の解除条件」の法的基礎（fondement juridique）、すなわち、「黙示の解除条件」をどのような法理論または法規範で根拠づけるかという議論が盛んになされた。19世紀の学説は、「黙示の解除条件」という特殊な法文の構造の分析を通じて、契約の解除とは何か、なぜこのような制度が認められるのかという基礎理論を19世紀の早い時

期から生成・展開させた。その結果、19世紀初頭には解除条件¹⁰の一亜種としか捉えられていなかった「黙示の解除条件」は、学説・判例上、法定解除（不履行解除）の通則的規定として理論上位置づけられるに至った¹¹。そして、この考え方は、フランス民法典が改正されるごく最近まで、同国の学説において当然のごとく受け止められてきた¹²。

2 旧民法典財産編421条の構造およびフランス民法1184条との比較

わが国の解除法制に目を転じよう。わが国旧民法典財産編421条は、フランス民法1184条1項の「黙示の解除条件」構成を次の通りほぼそのまま承継していた。そして、ボワソナードが手がけた『プロジェ・初版』においても、同じ法的構成が既に採用されていた（後述）。

以下、わが国旧民法典財産編第421条およびその『仏語公定訳』（『仏語公定訳』の著者〔訳者〕は、これまで不明とされてきたが、多年に渡る資料の考証

10 改正前フランス民法典には、わが国現行民法典にいう解除条件に相当する規定が1184条の1ヵ条前に規定されていた。法文および邦訳は、以下の通りである。

【フランス民法 旧1183条】

art 1183 La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

（邦訳）

第1183条 ①解除条件 condition résolutoire は、それが成就するときに債務の消去 révocation をもたらし、債務が存しなかった場合と同一の状態に物を復する条件である。

②解除条件は、債務の履行をなんら停止しない。この条件は、それが予定した出来事が到来する場合に、債権者が受領したものを返還することのみをその者に義務づける。

当時のフランス民法典には、「黙示の解除条件」と通常の「解除条件」とが併存していた。このことが、「黙示の解除条件」をどのような（解除条件以外の）法理論ないし法規範で根拠づけるかという法的基礎（論）を産み出す原因になったと考えられる。なお、1183条の邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部 編（稲本洋之助 訳）『フランス民法典 一物権・債権関係一』78～79頁（法曹会、1982）に拠った。

11 その詳細については、拙稿（1）360～375頁および関連注参照。

12 20世紀以降のフランス民法学説の受け止め方の詳細については、拙稿「現代フランス債務法における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の構造変容」立命館法学309号167頁以下（2007）参照。

ボワソナード旧民法典草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描等から、その訳者がボワソナードであることがほぼ確実であると考えられている。) ¹³ を掲げ、文言の特徴を観察し、フランス民法1184条1項との比較・検討を行う。

【『仏語公定訳』財産編421条】 ¹⁴

art 421 Dans tout contrat synallagmatique, la condition résolutoire est toujours sous-entendue au profit de la partie qui a exécuté ses obligations ou qui offre de le faire, pour le cas où l'autre partie ne remplirait pas les siennes.

Dans ce cas, la résolution n'a pas lieu de plein droit : elle doit être demandée en justice par la partie lésée ; mais le tribunal peut accorder à l'autre un délai de grâce, conformément à l'article 406.

【旧民法典 財産編421条】 ¹⁵

第421条 ① 凡ソ双務契約ニハ義務ヲ履行シ又ハ履行ノ言込ヲ為セル当事者ノ一方ノ利益ノ為メ他ノ一方ノ義務不履行ノ場合ニ於テ常ニ解除条件ヲ包含ス
② 此場合ニ於テ解除ハ当然行ハレス損害ヲ受ケタル一方ヨリ之ヲ請求スルコトヲ要ス然レトモ裁判所ハ第四百六条ニ従ヒ他ノ一方ニ恩恵上ノ期限ヲ許スルコトヲ得

13 『仏語公定訳』およびその公式註釈書である『公式理由書』作成の経緯等に関しては、大久保泰甫＝高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』262～267頁（雄松堂出版、1999）、池田・前掲注（8）45～50頁、および金山・前掲注（6）49～64頁参照。また、『仏語公定訳』および『公式理由書』の著者（訳者）がボワソナードである旨を指摘するものとして、大久保・前掲注（1）168頁、大久保＝高橋・前掲書263～264頁、池田・前掲注（8）47～48頁、および金山・前掲注（6）50～53頁参照。

14 仏語公定訳については、『Code civil de l'Empire du Japon, accompagné d'un Exposé des motifs, Tome I, Traduction officielle, Tokio, 1891 (réimp en 1993), p. 169 〔『日本立法資料全集 別巻28 〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第1巻 条文 財産編 財産取得編 〔第1章～第12章〕 債権担保編 証拠編 明治23年3月27日公布 公定訳文』169頁（信山社、復刻版、1993）〔明治24年（1891年）の復刻版〕に拠る。〕に拠った。

15 条文については、我妻榮（編集代表）『旧法令集』137頁（有斐閣、1968）に拠った。

フランス民法1184条は3項からなり、1項で「黙示の解除条件」が定められ、2項では、解除条件であるにもかかわらず、解除は当然には生じないこと、および不履行を被った当事者は相手方に対して履行の強制をするか、または、損害賠償とともに解除を請求するかを選択権を有することが定められている。そして、3項では、解除の裁判上の請求の必要性および履行を遅滞した債務者（解除訴訟の被告）に対しては、諸事情に応じて裁判所が（弁済のための）猶予期間を付与できる旨が定められている。

これに対して、ボワソナードの手になるとされている『仏語公定訳』財産編421条（旧民法典財産編421条。以下、仏語公定訳とのみ表記。）は、法文形式上は2項からなる。だが、仏語公定訳も、やはり1項において、フランス民法1184条と同じく「黙示の解除条件」を定めている。これだけを観ると、旧民法典財産編421条1項（以下、財産編同条項と表記。）は、フランス民法1184条1項の引写しにすぎないようにも思われる。

しかし、文言を仔細に観察すると、両法文間にはいくつかの差異を確認することもできる。まず、仏語公定訳同条1項（財産編同条項）には、*au profit de la partie qui a exécuté ses obligations ou qui offre de le faire*「**義務ヲ履行シ又ハ履行ノ言込ヲ為セル当事者ノ一方ノ利益ノ為メ**（試訳：自身の負う債務を履行した、または、その提供をする当事者の利益のために）」との表現が盛り込まれている。1184条1項にはこのような表現は見られない。同条項は、両契約当事者の内の一方が自身の負う債務を何ら履行しない場合、双務契約には常に「黙示の解除条件」が存在していると規定するのみである。ボワソナードは、なぜ「黙示の解除条件」がどのような当事者のために存在しているのかについても規定の内容に盛り込んだのか。法的基礎（論）の観点から興味深い差異といえよう。他にも、同条項が、両契約当事者の内の一方が自身の負う債務を「何ら」履行しない場合と規定するのに対して、仏語公定訳同条1項（財産編同条項）は、*ne remplirait pas les siennes*「**義務不履行**（試訳：自身の債務を履行しない）」とのみ規定する点を差異として確認することができ

ボワソナード旧民法典草案（Projet）における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の一素描る¹⁶。

1184条2項の内、後段の内容（解除と損害賠償の関係）は、『仏語公定訳』では独立した別の草案規定として起草されている。だが、この点は、本稿の目的との関係では分析基軸とならないので、これ以上立ち入ることはしない。

次に、同条項前段（「黙示の解除条件」は当然にはその効力を生じないこと。）および同条3項（裁判上の解除の必要性）の内容は、仏語公定訳同条2項（財産編同条2項）に概ね引き継がれたといえる。細かな差異を挙げれば、遅滞にある債務者に対して裁判所が付与する期間を、1184条3項とは異なり、仏語公定訳同条2項（財産編同条2項）が（弁済）猶予期間（un délai de grâce）としている点であろう。

このように、仏語公定訳（財産編同条）と1184条との間には、法文形式上および文言上の差異が厳存する。だが、1184条1項が定める「黙示の解除条件」構成は、財産編同条において間違いなく採用されたといえよう。

なお、『仏語公定訳』と旧民法典正文との間にも差異がある点を確認しておきたい。仏語公定訳同条2項は、**en justice**「裁判所において」との文言を用いているが、財産編同条2項正文には、これに相当する文言が欠落している。しかし、旧民法典が裁判上の解除を否定したとみるべきではなく、直後に「然レトモ裁判所ハ」との文言を置いていることから、裁判上の解除は所与の前提といえよう¹⁷。

フランス民法の不履行解除の特質を示す「黙示の解除条件」構成は、旧民法典およびその仏語公定訳においても採用された。しかし、「黙示の解除条件」をどのような法理論ないし法規範で根拠づけるかという法的基礎（論）に関して、ボワソナードがどのような考え方を採っていたかについては、条文のみからではうかがい知ることができない。よって、『プロジェ・初版』註釈を分析

16 一部不履行の場合でも、契約の全部解除を認めるのが当時のフランスの多数説だったので、1184条1項の文言を修正した点は、適切だったということもできよう。

17 同様の指摘は、鶴藤・前掲注（4）〔二・完〕242頁および関連注にも見られる。

する必要がある。

三 『プロジェ・初版』草案441条および対応邦訳

1 『プロジェ・初版』草案441条および対応邦訳の構造

ボワソナードは、『プロジェ・初版』において、不履行解除を含めた契約解除の通則的規定群として、草案441条から444条を起草している¹⁸。しかし、本稿の目的との関係で主に採り上げるのは、「黙示の解除条件」を定めた草案441条である。以下、『プロジェ・初版』における法定解除の通則的規定である草案441条（仏文）、これに対応する（と考えられる）邦訳、および試訳を掲げ、法文の構造・内容につき、フランス民法1184条との比較・考察を行う。

【『プロジェ・初版』草案 第441条】¹⁹

art 441 Dans tout contrat synallagmatique, la condition résolutoire est toujours sous-entendue au profit de chacune des parties, pour le cas où l'autre partie ne remplirait pas ses obligations.

Dans ce cas, la résolution n'a pas lieu de plein droit : elle doit être demandée en justice par la partie lésée ; mais le tribunal peut accorder à l'autre un délai de grâce, conformément à l'article 426.

18 草案444条に分析基軸を置く論考として、鶴藤・前掲注（4）論文参照。

19 草案規定（仏文）については、BOISSONADE (Gustave Emile), *Projet de Code civil pour le (l'Empire du) Japon, accompagné d'un commentaire*, [Première édition.] Tome3, Tokio, 1882 (réimp en 1999), p. 418 [星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）『ボワソナード民法典資料集成 前期Ⅰ 前史・民法編纂局（明治12—19年）』418頁（雄松堂出版、1999）]に拠った。

【対応すると考えられる邦訳 (原典は縦書き)】²⁰

第四百四十一條 總テ双務ノ契約ニ於テ、解除ノ未必條件ハ常ニ結約者等ノ各自ノ利益ニ於テ 含 ^{スーサンタンデュ}蓄 セラレタル、他ノ結約者カ彼レノ $\left(\begin{array}{c} \text{他ノ結約} \\ \text{者ヲ指ス} \end{array} \right)$ 義務ヲ履行セサル所ノ場合ニ向テ

此場合ニ於テ解除ハ ^{ド・プレン・ドロア}當 然 場所ヲ持タヌ、夫レカ $\left(\begin{array}{c} \text{解除} \\ \text{ヲ指ス} \end{array} \right)$ 害セラレタル結約者ヨリ裁判所ニ訟求サレシハナラヌ、然レモ裁判所ハ第四百二十六條ニ從テ恩惠ノ期限ヲ他ノ者ニ許與スルヲ得

【試訳】

第441条 ① すべての双務契約において、各当事者の利益のために、他方当事者が自身の負う債務を履行しない場合には、解除条件が常に黙示的に含まれているものとする。

② 前項の場合において、解除は、当然には生じない。解除は、被害者 (la partie lésée) によって裁判所に請求されなければならない。ただし、裁判所は、草案426条に従い、他方当事者に対して、弁済猶予期間 (un délai de grâce)²¹を付与することができる。

2 『プロジェ・初版』草案441条とフランス民法1184条との比較

『プロジェ・初版』草案441条 (以下、草案同条と表記。) は、2項からなる。この法文形式は、仏語公定訳と同じである。だが、ここでも注目すべきは、草案同条1項の文言である。同項は、フランス民法1184条1項が定める「黙示の

20 対応邦訳と考えられるものについては、『ボワソナード氏起稿 註釋民法草案 財産篇 人權之部 九十一』1頁〔星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法典研究会 (編)『ボワソナード民法典資料集成 前期一 前史・民法編纂局 (一 明治十九年) ボワソナード氏起稿 註釋民法草案 財産編 第三卷 (七十一 — 九十九)』342頁 (雄松堂出版、1999)〕に拠った。なお、邦訳者は定かでなく、刊行年も不明とされている。

なお、『プロジェ・初版』の翻訳書は2種類あるとされているが、本稿では、池田・前掲注 (8)49頁注 (2)に従い、この翻訳書を対応邦訳として用いた。

21 un délai de grâceを「弁済猶予期間」と訳出するものとして、山口俊夫 (編著)『フランス法辞典』253頁 (東京大学出版会、2002) 参照。本稿もこの邦訳に従う。

解除条件」構成を既に採用しているからである²²。すなわち、双務契約（売買契約など）の一方当事者が自身の債務を履行しない場合、この不履行を条件事実として、各当事者の利益のために、解除条件が黙示的に含まれているとする構成である。なお、草案同条2項は、1184条2項前段（「黙示の解除条件」は当然にはその効力を生じないとする内容）および同条3項（解除の裁判上の請求の必要性および諸事情に応じた解除訴訟の被告に対する弁済猶予期間 *un délai de grâce*²³の付与）とほぼ同じ内容を定めている。

草案同条1項が定める「黙示の解除条件」構成においても、1184条1項と同様、解除条件であるにもかかわらず、条件事実である「債務の不履行」が成就しても、当然にはその効力を生じず、不履行を被った当事者は、裁判所に解除を請求しなければならない。そして、不履行（履行遅滞等）をした債務者に対して裁判所は、弁済猶予期間を付与することができる。

ところで、草案同条1項は、相手方当事者による債務の不履行の場合に、「黙示の解除条件」が、*au profit de chacune des parties* 「**結約者等ノ各自ノ利益ニ於テ**（試訳：各当事者の利益のために）」常に黙示的に存在しているとの文言を採用した。仏語公定訳では、前述の通り、より具体的な書きぶりへと修正がなされている。だが、ここで重要なことは、『プロジェ・初版』において、既にボワソナードが、どのような当事者のために「黙示の解除条件」が存在しているのかを草案規定の内容に盛り込んでいた点にある。この文言は、1184条1項には見られなかった。ボワソナードは、草案同条1項において、「黙示の解除条件」の内容を具体的に明らかにしようとしたと考えられる。つまり、法的基礎（論）の原初的形態が既に『プロジェ・初版』段階においても示されていたといえよう。

22 同様の旨指摘するものとして、鶴藤・前掲注(4) [一]80～81頁参照。

23 前述の通り、1184条3項では、単に期間 (*délai*) という文言が用いられているだけだが、草案同条（後の仏語公定訳でも採用されている。）は、明確に *un délai de grâce* の語を既に採用している。1184条3項の期間を弁済猶予期間と解釈することは、19世紀フランスの学説の通説的見解であり、ボワソナードもそれを意識したものと思われる。

ボワソナード旧民法草案（Projet）における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の一素描

この点を敷衍しておく、この文言（「各当事者の利益のために」）からは、双務契約の各当事者にとって、自身に対して債務が履行されない場合、契約は解除されるべきだ（自身も債務から解放されるべきだ）という契約当事者の意思を法律（草案同条1項）が推定的に規定していると読み取ることができる。しかし、草案同条1項のこの文言からは、前掲仏語公定訳ほどには、その法的基礎の意図を精確に読み取るとは難しいと思われる。

いずれにせよ、草案同条1項において、1184条1項の「黙示の解除条件」構成が同じく採用されていたと評価してよからう。

なお、フランス民法同条項は、前述の通り、両契約当事者の内の一方が自身の負う債務を「何ら」履行しない場合と規定していたのに対し、草案同条1項は、ne remplirait pas ses obligations「義務ヲ履行セサル（試訳：自身の負う債務を履行しない）」とのみ規定している。この文言上の差異は、仏語公定訳でもほぼ同じ修正を受けているといえよう。

このように、『プロジェ・初版』草案441条とフランス民法1184条との間には、法文形式および内容について、文言上の異同を確認することができるけれども、「黙示の解除条件」構成そのものは、『プロジェ・初版』において既に明確に採用されていたと評価することが許されよう。

四 『プロジェ・初版』註釈における法定解除の法的基礎についての検討

1 ボワソナードが示した「黙示の解除条件」の法的根拠づけの3つの特徴

以下、『プロジェ・初版』²⁴草案441条の註釈を中心に、ボワソナードが示し

24 『プロジェ・初版』註釈については、BOISSONADE (Gustave Emile), *Projet de Code civil pour le (l'Empire du) Japon, accompagné d'un commentaire*, [Première édition.] Tome3, Tokio, 1882 (réimp en 1999), p. 419～423〔星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）『ボワソナード民法典資料集成 前期 I 前史・民法編纂局（明治12—19年）』419～423頁（雄松堂出版、1999）〕に拠った。

また、『プロジェ・初版』註釈の邦訳については、『プロジェ・初版』に対応すると考えられる邦訳書のひとつである前掲『ボワソナード氏起稿 註釋民法草案 財産篇人權之部 九十一』3～17頁〔星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）『ボワソナード』

た「黙示の解除条件」構成の法的根拠づけ、すなわち、法的基礎の特徴について検討を加える。なお、前述の通り、ボワソナードが志向した法定解除の法的基礎を明らかにするため、草案442条の註釈にも検討を加える。

『プロジェ・初版』註釈で示されたボワソナードの法定解除の法的基礎には、大きく分けて3つの特徴がある。①「黙示の解除条件」を契約当事者の蓋然的意思 (intention probable) で根拠づける理論、②「黙示の解除条件」との対比で、「明示の解除条件 (フランス民法1183条の解除条件に相当)」を解除条項 (約定解除) と位置づける理論、および③「黙示の解除条件」を先取特権 (privilege 以下、この点を強調する場合のみ仏語を括弧書きで挿入する。) の一種と理解する理論である。以下、順に検討する。

2 「黙示の解除条件」構成の法的根拠づけとしての「当事者の蓋然的意思」

前提理解として、ボワソナードは、註釈学派が明らかにした「黙示の解除条件」の最大公約数的理解、すなわち、1184条が不履行解除の通則的規定であることを、草案同条註釈の冒頭で確認している。「黙示の解除条件は、双務契約に特有の効果のひとつであって、この黙示の解除条件は、……この契約 (双務契約・引用者補足) を分類する際に、重要な意義をもたらす。フランスの法典は、第1184条において、その (黙示の解除条件の・引用者補足) 一般原則 (principe général) を定め、そして、同法典は、数種の個別の契約、特に、売買にこの原則を適用している (フランス民法第1654条～1657条)。……」²⁵。この叙述から、ボワソナードは、1184条1項の「黙示の解除条件」を不履行解除の通則的規定と認識していたといえる。売買解除に対する同条項の適用を認めた点からも、このことがうかがえよう。

ド民法典資料集成 前期一 前史・民法編纂局 (一 明治十九年) ボアソナード氏起稿 註釈民法草案 財産編 第三卷 (七十一 — 九十九) 』343～350頁 (雄松堂出版、1999) を適宜、引用・参照した。本文中の邦訳は、同翻訳書に負うところが大きい。

25 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 419 [星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法典研究会 (編)・前掲注 (24) 419頁.]。

ボワソナード旧民法典草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描

では、ボワソナードと同時代を生きた註釈学派も依拠していたと考えられる法的基礎について観ていこう。ボワソナードの註釈によれば、その法的基礎は、草案442条²⁶註釈において確認することができる。註釈によれば、「……解除条件²⁷は、両契約当事者の蓋然的意思 (intention probable) につき、法律によってなされた解釈に基づいてしか双務契約に付随しない。……」²⁸という。この叙述から、ボワソナードが示した法定解除の法的基礎の一端を窺取することができる。「黙示の解除条件」は、相手方当事者が不履行をすれば、自身も当該契約に基づいて負っている債務から解放されるという契約当事者の意思を法律が解釈・推定したもの、すなわち、法律上の (当事者意思の) 推定という理論によって根拠づけられるのである²⁹。

なお、「黙示の解除条件」の法的基礎につき、それがなぜ草案442条の註釈において論じられていたのかは定かでない。「黙示の解除条件」をどのような法理論または法規範で根拠づけるかという問題が法的基礎であるのだから、本来、草案441条註釈で論じられるべきと思われる。この点、ボワソナードの示した別の法的基礎との関係で若干の検討を行う。

3 「明示の解除条件」としての解除条項 (約定解除) とボワソナードの気遣い?

2つ目の法的基礎と考えられる理論は、直接的には「黙示の解除条件」自体の法的根拠づけではない。しかし、不履行解除の法的基礎を考えるうえで、フランスの民法学では、1184条1項の「黙示の解除条件」と1183条の「解除条件」

26 草案442条は、合意による裁判上の解除の排除および解除条項 (約定解除) について定めた草案規定である。

27 ここにいう「解除条件」には、「黙示の解除条件」も文脈上当然に含まれると考えてよからう。

28 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 421 [星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法典研究会 (編)・前掲注 (24) 421頁.]。

29 鶴藤・前掲注 (4) [一] 82頁も、『プロジェ・初版』においてボワソナードが示した法定解除の法的基礎を当事者意思の推定に求めている。しかし、本稿は、「当事者意思の推定」だけがボワソナードの志向した「黙示の解除条件」の法的基礎とは考えない立場を採る。

との関係をどのように捉えるかという問題が、解除の基礎理論として民法典制定以来、長きに渡り論じられてきた³⁰。1183条の解除条件を「明示の解除条件」として、1184条1項の「黙示の解除条件」と対比的に位置づけるならば、「明示の解除条件」が解除条項（約定解除。以下、強調する場合を除き、解除条項とのみ表記。）の通則規範としても機能しうる可能性が考えられるからである。

ところが、ボワソナードは、この問題について、理論的というよりも、むしろ当時のわが国の民法学の成熟度に応じた心遣いまたは配慮とも受け取れる理論構成を示している。草案442条註釈において、彼は、「……両当事者は、この法律上の推定だけに留まらずに、すなわち、黙示の解除条件に留めておかずに、明示的にこれ（法律上の推定としての黙示の解除条件・引用者補足）を約定することができる。……」³¹と説明し、合意による解除（解除条項）を認めたうえで、この叙述に脚注を付している。その内容は、次の通りである。「……この約定は、フランスでは、“pacte commissoire” という名を持っており、この名は、ローマ法がその起源である。しかし、この名は、それ自体十分に明確な意味を示してはいないので、日本では、“condition résolutoire expresse”（明示の解除条件・引用者補足）の名を採用する方がよからう。」³²。

30 19世紀初頭のフランス民法学における両条の関係をめぐる議論の詳細は、拙稿「解除条項」751～759頁参照。

31 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 421 [星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）・前掲注 (24) 421頁。]。

32 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 421, note (i) [星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）・前掲注 (24) 421頁注 (i)。]。なお、『プロジェ・初版』註釈に対応すると考えられる翻訳書によれば、この脚注は、「附言 此約權ハ佛蘭西ニ於テ『パクト、コミソワール』ト云フ此語ハ羅馬法律ニ淵源スレトモ其義充分ニ明ラカナス故ニ日本ニ於テハ『コンデッション、レゾリュートワール、エキスプレース』特別ナル解除ナル語ヲ用フルヲ以テ層可トス」と邦訳されている。『ボアソナード氏起稿 註釋民法草案 財産篇人權之部 九十一』10頁 [星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）・前掲注 (24) 347頁。]。

「特別ナル解除ノ未必條件」との訳語には、少々違和感を覚えなくもないが、当時のわが国の解除条項 (pacte commissoire) や解除条件に対する研究の成熟度から推察して、この訳語を充てることが適切だったのであろう。ボワソナードが pacte commissoire をめぐる当時のフランスの議論を草案442条に持ち込まなかった理由の証左ともいえる邦訳といえよう。

この注の叙述の重要性は、フランスの学説における解除条項と解除条件（明示の解除条件・フランス民法1183条）の区別に関する議論をボワソナードが意図的にわが国の民法典に採り込むことを否定した点にある。では、なぜボワソナードはpacte commissoire（解除条項。以下、pacte commissoireは、特に強調する場合を除き、p.cと略記。）概念を排除したのか。

そもそも、p.cは、現代フランス民法学においては、「……とくに売買契約において当事者の一方の債務不履行が当然に契約解除を結果する旨の約定（民1656条）……」と定義されている³³。ここから、p.cを「当然解除条項」と訳出することも多い。だが、19世紀のフランス民法学においては、p.cがそもそも「当然」解除条項か否かについて理論的対立が厳存し、裁判官による介入が必要という意味において、または、債務者への催告を介した付遅滞手続を要求するという意味において、「当然」にはその効力を生じないと主張する学説も数多く存在していた³⁴。ローマ法のlex commissoria³⁵に由来するこの解除条項（pacte commissoire）の法的性質について、19世紀末葉のフランスで展開されていた議論の余地をわが国の民法典に持ち込ませないために、敢えてボワソナードは、不履行解除（法定解除）を「黙示の解除条件」として、解除条項（約定解除）を「明示の解除条件（condition résolutoire expresse）」として定めることで、結果的に、「黙示の解除条件」をpacte commissoireの黙示化で根拠づけるといった当時のフランスにおける法的基礎の有力説とは距離を置く理論を採用したと考えられる。

33 山口（編著）・前掲注（21）411頁。

34 p.cとフランス民法1184条の関係をめぐる議論の詳細については、拙稿（1）364～366頁および関連注参照。また、19世紀初頭のフランス民法学説における「明示の解除条件」とp.cの関係をめぐる議論については、拙稿「解除条項」751～759頁および関連注参照。

35 売買契約に関しては、ローマ法時代、不履行に基づく解除の一般規範は認められていなかったと考えられている。だが、あまりにも実務上不都合があったので、lex commissoria（解除条項・clause résolutoire）とよばれる明示の解除条項（解除約款）を挿入しておけば、代金不払いの場合、売主は、売買契約を解除できるようになったといわれている。これがp.cの起源とも考えられている。拙稿（1）332頁および関連注参照。なお、lex commissoriaについては、ゲオルク・クリンゲンベルク（瀧澤栄治 訳）『ローマ債権法講義』237頁（大学教育出版、2001）参照。

ボワソナードは、p.c.の当時における概念の多義性を懸念し、フランスの学説上も法定解除・解除条項（約定解除）と絡み難解なものと考えられていたこの概念を取って採用しないことで、解除条項を「明示の解除条件」と位置づけたと考えられる³⁶。

4 先取特権（*privilège*）の一種としての「黙示の解除条件」の可能性

ボワソナードが示した法定解除の法的基础の際立った特徴は、「黙示の解除条件」を先取特権（*privilège*）³⁷の一種として根拠づけていると考えられる節が見られる点にある。この法的基础は、管見の及ぶ限りでは、註釈学派のどの論者も唱えていなかったものと思われる。ボワソナードは、草案441条註釈において、不動産売買の解除を例に、解除権は、先取特権の一種だからこそ、厳密な意味における先取特権の公示と類似の公示要件に従っていると指摘する³⁸。以下、註釈の叙述を観察する。

草案同条註釈において、ボワソナードは、まず、解除の効果として、合意・契約（*convention*）の遡及的無効について確認したうえで³⁹、次の註釈を付している。

「……たとえば、不動産の売主が、既に自身の同意（*consentement*）のみによって、その不動産の所有権を移転し、そのうえ、当該不動産を引き渡し、既に買主に当該不動産を占有させ、そして、証書（*titres*）を交付したにもか

36 「黙示の解除条件」をp.c.の黙示化で根拠づける立場については、拙稿（1）364～368頁および関連注参照。

37 現代フランス法における *privilège* の定義としては、通義として、「債務者の一つまたは複数の資産の売買価格から、他の債権者に優先して弁済を受ける権利……」とされ、広義には、「……法律・判決・合意によって債権者に認められた優先弁済権を一般に広く指す。……」ものとされ、そして、狭義として、「……債権の性質を理由として、法律により一定の債権者に認められる担保物権（民2095条以下）」を指称するものとされている。山口（編著）・前掲注（21）459頁。本稿では、狭義の *privilège* として草案註釈の叙述を受け止める。

38 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 420 [星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）・前掲注（24）420頁。]。

39 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 419～420 [星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会（編）・前掲注（24）419～420頁。]。

ボワソナード旧民法典草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描
かわらず、買主が定められた履行期に代金を支払わないとしよう。この場合、
売主は、解除 (résolution) によって、不動産の所有権を回復し、売買目的物
の占有を回復させることができる。この権利 (droit) は、差押えを行使して、
解除を請求することなく、売却物を転売する (revendre)⁴⁰ことができる権利
と同様に重要な (précieux) 先取特権 (privilege) の一種である⁴¹ (下線は引
用者)。しかし、まさにその利点ゆえに、この権利 (解除) は、厳密な意味に
おける先取特権の公示と類似の公示要件に従っている。買主と契約するであろ
う第三者にとって懸念される不意打ち (surprises)⁴²がないようにしておかな
ければならないからである。⁴³

この註釈から、少なくとも「不動産売買」における「代金不払い」による「売
主からの」解除の局面において、ボワソナードが「黙示の解除条件」の法的根
拠づけを先取特権 (privilege) に依拠・連関させていたことは明らかといえ
よう。では、別の局面、たとえば、買主からの解除では異なる法的基礎が示さ
れていたのか。そこで、註釈のつづきを観察すると、解除 (黙示の解除条件)
の法的基礎と先取特権との切断を観取することができる。

ボワソナードは、売買において、目的物を履行期までに引き渡さない売主、
または、買主に約束した状態とは異なる目的物を引き渡した売主に対して、買
主からも売買契約を解除することができる旨を説明したうえで⁴⁴、次の註釈を
付している。

40 revendre は、競売のことを指しているとも考えられる。

41 『プロジェ・初版』註釈に対応すると考えられる翻訳書の叙述を観ても、解除はやはり
先取特権の一種と邦訳されている。「……此權利ハ先取特権ノ一種類ニシテ夫ノ解除ヲ訟
求セスシテ賣却シタル物ヲ差押ヘ及ヒ之ヲ糶賣セシムルコトヲ得可キ權利ヨリモ寧ロ重實ナ
ルモ敢テ降ラサルナリ」。『ボワソナード氏起稿 註釋民法草案 財産篇人權之部 九十一』
6 頁〔星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法典研究会 (編)・前掲注 (24) 345 頁。〕。

42 ここにいう「不意打ち」(surprises) とは、解除によって所有権を失うことを指すと考
えられる。

43 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 420 〔星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法
典研究会 (編)・前掲注 (24) 420 頁。〕。

44 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 420~421 〔星野英一 (編集顧問)・ボワソナ
ード民法典研究会 (編)・前掲注 (24) 420~421 頁。〕。

「……買主がまだ代金を支払っていない場合、解除は、買主にとってきわめて有益である。買主は代金債務から解放されるからである。しかし、買主が既に代金を支払っている場合、彼は、何らの先取特権 (privilege) も有さず、代金を取り戻すために債権を有しているに過ぎない。したがって、買主は、売主に資力がある場合にしか解除を行使できないであろう (下線は引用者)。」⁴⁵。

この註釈から、少なくとも「売買」における「目的物引渡債務の不履行」による「既履行買主からの」解除の局面においては、ボワソナードが「黙示の解除条件」の法的根拠として先取特権を採用しなかったことがうかがえよう。

よって、ボワソナードの示した「黙示の解除条件」の法的基礎において、先取特権の構成は、解除の限定的局面においてのみ機能しえたと評価することが許されよう。

5 ボワソナードによる「黙示の解除条件」の捉え方 ―小括―

ボワソナードは、草案441条および442条註釈において、「黙示の解除条件」の法的基礎につき、複合的な理論構成を示していたと考えられる。

彼は、まず、「黙示の解除条件」を定めた1184条が不履行解除の通則的規定であることを確認したうえで、草案441条の「黙示の解除条件」を法律上の当事者意思の推定によって根拠づけた。

だが、彼の示した法的基礎はこれだけに留まらなかった。ボワソナードは、当時フランスの学説において複雑な議論が展開されていた1184条1項の「黙示の解除条件」と1183条の「解除条件」の関係についても註釈を加えていた。そこで、ボワソナードは、解除条件、つまり、「明示の解除条件」を解除条項 (約

45 BOISSONADE (G. E.), *op. cit.* (24), p. 421 [星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法典研究会 (編)・前掲注 (24) 421頁。]。ここでも、対応邦訳書の叙述においては、先取特権の訳語が用いられている。「……若シ買主カ未タ代價ヲ拂ハサリシハ其解除ハ代價ヲ拂フノ義務ヲ免カレシムルカ故ニ買主ノ爲メ甚タ有益ナリト然レモ若シ既ニ代價ヲ拂フタルハ買主ハ其代價ヲ取戻スガ爲メニ毫モ先取特権ノ存セサル債主權ヲ有スルノミ故ニ買主ハ賣主ノ資力アルハニアラサレハ解除スルノ權ヲ行ハサル可シ」。『ボワソナード氏起稿 註釋民法草案 財産篇人權之部 九十一』8～9頁 [星野英一 (編集顧問)・ボワソナード民法典研究会 (編)・前掲注 (24) 346頁。]。

ボワソナード旧民法典草案（Projet）における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の一素描（法定解除）と定義づけ、「黙示の解除条件」と対置させることで、解除条項については比較的簡素な理論構成を取って採用した。この点は、当時のわが国の民法学への配慮ともいえよう。その結果、ボワソナードは、当時フランスの学説上有力となっていた「黙示の解除条件」を pacte comissoire の黙示化で根拠づける見解を採用しなかったことになる。彼は、不履行解除（法定解除）を「黙示の解除条件」として、解除条項（約定解除）を「明示の解除条件」として理論的に整理することで、あくまでも草案441条の「黙示の解除条件」を解除条件の枠組みのなかで理解しようとする法的基礎を示したと考えられる。

しかし、ボワソナードの「黙示の解除条件」の捉え方は、これらだけでも留まらなかった。際立った法的基礎は、「黙示の解除条件」を先取特権の一種として根拠づけたと考えられる点である。ボワソナードは、草案同条の註釈において、少なくとも、「不動産売買における代金不払いによる売主からの解除」という限定された局面においてではあるが、「黙示の解除条件」を先取特権に依拠・連関させて理解していたと思われる。しかし、上記以外の局面における解除に関しては、「黙示の解除条件」の法的根拠として、先取特権を採用しなかったことがうかがえる。

このように、ボワソナードは、不動産売買における代金不払いという極限された範囲においてのみ、「黙示の解除条件」を“条件”とは異なる法制度・理論である先取特権の一種として根拠づけるという複合的な法的基礎を示していたと考えられる⁴⁶。

46 註釈学派においても、複合的な法的基礎を示す論者が存在した。拙稿（1）366～368頁および関連注、ならびに、372～374頁および関連注参照。また、20世紀以降の学説において「黙示の解除条件」の理解につき複合的な法的基礎を示した見解については、拙稿・前掲注（12）219～223頁および関連注参照。

五 ボワソナードが示した「黙示の解除条件」の法的基礎の特質

1 序

以下、これまでの検討を踏まえ、ボワソナードが『プロジェ・初版』註釈で示した法定解除の法的基礎と、フランス民法1184条1項の「黙示の解除条件」に関する註釈学派の諸見解とを比較・検討する。その前提として、註釈学派における法定解除の法的基礎（論）の基本的配置を鳥瞰しておく必要があろう。

2 註釈学派による「黙示の解除条件」の法的根拠づけの多様性⁴⁷

民法典制定以降、19世紀の学説の大半⁴⁸は、1184条1項の「黙示の解除条件」を実質的には「解除条件」とは異なる法理論または法規範によって根拠づけた。以下、どのような法的基礎が示されたかを概観する。註釈学派の示した「黙示の解除条件」の理解（法的基礎）は、大きく分けて次の4説に分類・整理される。

（1）第1説；「黙示の解除条件」を解除条件の枠組みで理解しつつ、その特殊性についても認識を示す立場

「黙示の解除条件」をあくまでも解除条件の枠組みのなかで理解するものの、1183条の解除条件との比較における特殊性についても認識し、理論上、1183条の解除条件とは異なる解除条件として位置づける立場である。トゥーリエ、デュラントン、マルカデ、ムールロン、およびアコラスなどがこの立場に属していた⁴⁹。彼らは、1184条の「黙示の解除条件」と1183条の解除条件とを理論

47 以下の叙述は、拙稿 (1) 360～375頁および関連注に負うところが大きい。

48 一部の論者には、「黙示の解除条件」の法的基礎に関無関心な態度を採る学説も存在した。民法典起草者の一人であるマルヴィルや註釈学派初期の論者であるデルヴァンクールは、「黙示の解除条件」をもっぱら1183条の解除条件に類するもの解していた。MALEVILLE (Jacques de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, 2^e éd., Tome III, Paris, 1807 (Schmidt Periodicals GmbH, réimp. en 1996), p. 61～62 ; DELVINCOURT (M.), *Cours de Code civil*, Tome II, Paris, 1824, Page 133, p. 485～488. これらの学説の詳細は、拙稿 (1) 361頁および関連注参照。

49 TOULLIER (C. B. M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, Ouvrage dans*

ボワソナード旧民法草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描
上は明らかに区別していた。論者のなかには、1184条の「黙示の解除条件」を
「広い意味での条件」と理解したり⁵⁰、厳密な意味での「条件」でなく、mode (方
式・附款) と理解したり⁵¹、解除条件の一種と位置づける⁵²者もあった。また、
1184条1項の「黙示の解除条件」は、法律による当事者意思の推定規定ないし
補充規定と位置づける論者もあり⁵³、特に、最後の考え方は、ボワソナードの
示した法的基礎と酷似していると思われる。

-
- lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique, Tome VI, Rennes, 1814, n^{os} 467~649, p. 560~750 ; DURANTON (Alexandre), *Cours de droit français suivant le Code Civil*, 3^e éd., Tome II, Bruxelles, 1834, n^{os} 84~90, p. 249~252 ; MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 6^e éd., Tome IV, Paris, 1866, n^{os} 567~570, p. 464~468 ; MOURLON (Frédéric), *Répétitions écrites sur le deuxième examen de Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 9^e éd., tome II, Paris, 1873, n^{os} 1211~1217, p. 634~639 ; AOLLAS (Emile), *Manuel de droit civil commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systems juridiques*, 2^e éd., tome II, Paris, 1874, p. 816~827. 各学説の詳細は、拙稿 (1) 361~364頁および関連注参照。
- 50 デュラントンは、附款の一例とし mode を挙げ、1184条も広い意味での条件規範に位置づけられるとする。DURANTON (A.), *op. cit.* (49), n^o 5, p. 219
- 51 トゥーリエは、「黙示の解除条件」を法律によって補充される黙示の条件と理解している。だが、彼は、1184条は「条件」の名を与えられているが、実際は条件でなく mode であり、民法典は条件と mode を混同していると主張する。TOULLIER (C. B. M.), *op. cit.* (49), n^o 503, p. 592~593 et n^o 505, p. 600 et note (1).
- 52 アコラスの見解である。彼もまた、「黙示の解除条件」を解除条件の枠組みのなかで理解した。しかし、同時に1183条との差異も強調していた。たとえば、1183条の解除は当然に、当事者の意に反してでも生じ、条件成就という事実のみでその効力を生じるが、1184条の「黙示の解除条件」は、当事者の主張・援用を待って初めてその効力を生じ、裁判上請求しなければならないことなどを挙げており、1184条を例外的な規定と位置づける。AOLLAS (É.), *op. cit.* (49), p. 824~826.
- 53 マルカデは、「……法律は、本条 (1184条) において、契約当事者の利益に配慮を示し、そして、常に当事者が用心しようと考えているとは限らない用心を当事者らのために払っているので、双務契約において、各当事者は他方当事者が自身の負う債務を履行しない場合には、自己の負う債務が解除され、そして、合意 (契約) が無効になるということを約定したもの」と常にみなされていると宣言している。……」と説き、つづけて、「……したがって、あらゆる双務契約は、法律の一般規範により、そして、(法律) 行為のなかでその点に関し何もいわれていなくとも、各当事者に関して解除条件に従っているのである。」という。MARCADÉ (V.), *op. cit.* (49), n^o 567, p. 465. マルカデのいう「用心」とは、債務不履行に対する用心である。要するに、契約を締結する者は、きちんとした意思、つまり、不履行があったときには契約が解除されるということを常に約定しているとは限らないので、その当事者の意思の「空白部分」を法律 (1184条1項) が当事者の利益を考慮して埋めていてと彼は主張する。

この立場に与する論者のほとんどは、解除条項（約定解除）のみを *pacte commissoire* と位置づけ⁵⁴、「黙示の解除条件」（法定解除）の法的根拠を説明する際には、*p.c* 概念を用いない。よって、この立場は、法定解除と約定解除とを統一的には把握しようとししない見解とも位置づけられる。

（２）第２説；「黙示の解除条件」を *pacte commissoire* の黙示化で根拠づける立場

ボワソナードが『プロジェ・初版』註釈において敢えて採用しなかった法的基礎である。だが、19世紀末葉のフランスでは、有力説の一角を占めていた。この立場は、さらに2つに分かれた、① *p.c* の黙示化のみに依拠する見解と、② 形式的には *p.c* の黙示化で根拠づけるが、実質的には *équité*（衡平）で理解する見解とが存在した。①に与する学説として、オーブリイ＝ロー、アルン、およびユックなどを挙げることができ⁵⁵、②の論者として、ローランおよびボードリィ・ラカンティヌリ＝バルドを挙げることができる⁵⁶。

①に与する学説は、「黙示の解除条件」をもつばら *p.c* が黙示化したものと

54 TOULLIER (C. B. M.), *op. cit.* (49), n° 555, p. 658 ; MARCADÉ (V.), *op. cit.* (49), n° 568, p. 466 ; MOURLON (F.), *op. cit.* (49), n° 1216, p. 638 ; ACOLLAS (É.), *op. cit.* (49), p. 826は、いずれも *pacte commissoire* を約定解除と位置づけている。たとえば、マルカデは、「……一見したところ、一方当事者の側による不履行に基づく解除が明示的に他方当事者によって約定されたとき、この条項は通常の解除条件となり、その効果は当然に1183条に従うものとなるように思われる。しかしながら、そうとはならないのである。……この条項 (*pacte commissoire* の名で知られている。) は、独自の規範に従っている。……」と論じ、1183条の解除条件と解除条項との区別についても明確にしている。MARCADÉ (V.), *op. cit.* (49), n° 568, p. 465～466.

55 AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIE*, 4^e éd., Tome IV, Paris, 1871, p. 78 ~ 86 ; ARNTZ (E. R. N.), *Cours de droit civil français comprenant l'explication des lois qui ont modifié le code civil en Belgique et en France*, 2^e éd., Tome III, Bruxelles et Paris, 1879, n° 96 et 97, p. 51～52 et n° 105 et 106, p. 57～58 ; HUC (Théophile), *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*, Tome VII, Paris, 1894, n° 266～272, p. 354～367 et n° 281, p. 377～379. 各学説の詳細は、拙稿 (1) 364～366頁および関連注参照。

56 LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, Tome, XVII Bruxelles et Paris, 1875, n° 122 ~ 143, p. 136 ~ 158 ; BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil Des obligations*, 3^e éd., Tome II, Bordeaux, 1907, n° 900～934, p. 87～122. 各学説の詳細は、拙稿 (1) 366～368頁および関連注参照。

ボワソナード旧民法草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描理解する。「黙示の解除条件」は、p.cが法律の規定 (1184条1項) によって、双務契約上の債務の不履行の場合に、当事者がそれを約定していなくても黙示的に含まれるようになったものと位置づけられる。たとえば、オーブリー＝ローは、「……この条項は、完全双務契約において、常に黙示的に存在している。……」と主張した⁵⁷。この見解は、第1説と異なり、解除条件の枠組みからは外れるp.cを法定解除の法的基礎と捉えた。また、この見解は、「黙示の解除条件」(法定解除)を黙示のp.cとして、解除条項(約定解除)を明示のp.cと理解した点に特徴がある⁵⁸。この見解は、「黙示の解除条件」に対して解除条件とは異なる法的構成を付与し、その結果、1183条と1184条の理論上の峻別を強めたと考えられる⁵⁹。

①の見解は、「黙示の解除条件」を黙示のp.cと見立てることによって、法定・約定両解除の基礎理論を統一的に把握しようとしたと考えられる。

他方、②の見解は、形式的には「黙示の解除条件」をp.cの黙示化で根拠づけたが、論者の法的基礎は、それに留まらなかった。その意味では、ボワソナードと同じく複合的な法的基礎を示したといえなくもない。彼らは、黙示化されたp.cの必要性の根拠を提示した。その根拠の中核となる考え方がéquité (衡平) であった。たとえば、ローランは、「……売主が目的物の引渡しの義務を負うのは、買主が目的物の代金を支払うという条件に基づくときのみである。もし、買主がそれを支払わない、つまり、自身の負う債務を履行しないならば、売主もまた自身が契約したところの債務から免れることになるということがéquitéによって要求される。以上が契約当事者らの蓋然的意思ということがで

57 AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *op. cit.* (55), p. 82. アルンおよびユックもオーブリー＝ローの見解に同調する。ARNTZ (E. R. N.), *op. cit.* (55), n° 106, p. 57 ; HUC (T.), *op. cit.* (55), n° 281, p. 377 et note (3) .

58 オーブリー＝ローに関して、AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *op. cit.* (55), p. 83～84, note (83). アルンおよびユックにも同じ傾向が見られる。ARNTZ (E. R. N.), *ibid.* ; HUC (T.), *op. cit.* (55), p. 350.

59 オーブリー＝ローは、「解除条件一般およびその特別の場合としての pacte commissoire」という題目の下、後者の部分で1184条と約定解除を論じていた。AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *op. cit.* (55), p. 78 et 82～86.

きる。以上の理由から、当事者は、解除条項 (pacte comissoire) を約定するのである。では、立法者は何をするのか？立法者は、両当事者のために、解除条件を黙示化することによって、pacte comissoireを規定するのである。……」と主張した⁶⁰。

なお、②に与する学説は、équité概念のみに頼って「黙示の解除条件」を根拠づけたのではなく、この概念の抽象性および限界を十分に認識していた。ローランは、1184条2項が解除は法律上当然には生じないと規定していることに関連して、équité概念が1184条を正当化する絶対的理由ではないと説いた。そして、その正当化理由を同条3項のcirconstances (諸事情) に求めている⁶¹。

また、équitéによって根拠づけられる彼らの法的基礎には、両当事者の蓋然的意思または推定意思を介した「両債務の履行上の牽連性」⁶²の考え方が厳存していた。彼らは、双務契約において、相手方が不履行をした場合、不履行を被った当事者もまた、自身の負う債務から解放されることになるのが当事者の蓋然的意思ないし推定的意思と捉えていた。この論理を彼らはéquitéによっても根拠づけようとした。彼らは、équitéの抽象性を認識しつつ、形式上はp.cの黙示化という理論構成を借用することで、「黙示の解除条件」を根拠づけたといえる。

(3) 第3説；「黙示の解除条件」をcause理論で根拠づける立場

この法的基礎についても、ボワソナードは、『プロジェ・初版』註釈において、「黙示の解除条件」の法的根拠づけには採用しなかったと考えられる⁶³。こ

60 LAURENT (F.), *op. cit.* (56), n° 122, p. 137. ボードリィ・ラカンティヌリ＝バルドも概ねローランと同様の理論を示した。BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *op. cit.* (56), n° 902, p. 94.

61 LAURENT (F.), *op. cit.* (56), n° 129, p. 146.

62 ローランは、これを「2つの債務の相互性 (deux obligations réciproques)」と表現する。LAURENT (F.), *op. cit.* (56), n° 123, p. 139.

63 ただし、明治20年代のわが国の学説には、旧民法典の註釈書において、「黙示の解除条件」の法的基礎を第3説と同じく、cause (原因) 理論に求めるものが複数存在している。

ボワソナード旧民法草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描の立場の論者として、ラロンビエール、ドゥモロンブ、およびドゥマント＝コルメ・ドゥ・サンテールを挙げることができる⁶⁴。この見解は、フランス民法上、契約の有効要件のひとつとされているコース (cause・民法旧1108条および1131～1133条)⁶⁵を「黙示の解除条件」の法的基礎と捉えるものである。双務契約において、両当事者のうちの一方の債務は、相手方当事者の負う債務のコース (cause) となっており、一方の当事者が自身の負う債務を履行しない場合には、相手方当事者の負う債務のコースが欠けることになる。この見解は、「黙示の解除条件」をコース理論の帰結と解し、不履行によって相手方の負う債務のコースが欠落すること、すなわち、契約の消滅⁶⁶を解除と捉える⁶⁷。

この立場に与する学説は、理論上、「黙示の解除条件」を解除条件とはまったく異なる法理論であるコースによって根拠づけた。その結果、1183条と1184条は、理論上別異の法制度と認識されるに至ったといえる。この立場も、第2説同様、「黙示の解除条件」の実質的な脱解除条件を企図していたと評価できよう。たとえば、ドゥモロンブは、「黙示の解除条件」はフランス民法1168条が用いる厳密な意味での条件、真の条件ではないと指摘している⁶⁸。

第2説②の見解と同じく、コースを法的基礎とする立場にも、共通の法的思

その詳細については、鶴藤・前掲注 (4) [二・完]256～257頁および関連注を参照。

64 LAROMBIÈRE (L.), *Théorie & pratique des obligations ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon* Art. 1101 à 1386, Tome II, Paris, 1857, Art. 1184, n° 1～15, p. 294～314 ; DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon, Tome XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome II, Paris, 1869, n° 471, p. 449 et n° 481～502, p. 453～474 et n° 508 et 509, p. 478～479 et n° 513～517 bis, p. 480～484 et n° 542 et 543, p. 513～514 et n° 547 et 548, p. 516～518 et n° 550, p. 519～521 et n° 558, p. 528～529 ; DEMANTE (Antoine Marie) et COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique de Code civil*, 2° éd., Tome V, Paris, 1883, n° 102～105 bis VI, p. 161～170. 各学説の詳細は、拙稿 (1) 369～372頁および関連注参照。

65 コース概念一般については、山口俊夫『フランス債権法』45～47頁 (東京大学出版会、1986) 参照。

66 正確には、コースの不存在は、合意 (convention) の無効をもたらす。

67 コースを法的基礎とする学説は、概ね本文のような説明をしている。LAROMBIÈRE (L.), *op. cit.* (64), n° 1, p. 294～295 et n° 3, p. 298 et n° 6, p. 304 ; DEMOLOMBE (C.), *op. cit.* (64), n° 489, p. 461 ; DEMANTE (A. M.) et COLMET DE SANTERRE (E.), *op. cit.* (64), n° 104, p. 165.

68 DEMOLOMBE (C.), *op. cit.* (64), n° 490, p. 461.

考が潜在していた。ひとつは、前述 *équité* 概念である。この見解が近時まで法定解除の法的基礎の一大有力説⁶⁹としての地位を占めることができたのは、*équité* に拠るところが大きいと思われる。たとえば、ドゥモロンブは、立法者が1184条1項を定めたのと同じく、立法者はこの条件（黙示の解除条件）をつくり、そして、その条件の成就と行使方法を、当事者の沈黙が *équité* に同意して、立法者にそうすることを認めた調節 (*tempérament*) に懸からしめたと指摘する⁷⁰。*équité* を解除理論に採り込むことで、コースだけでは説明しにくいとされた裁判官による介入（1184条3項）なども矛盾なく説明できたとも考えられる。

この論者に共通する法的思考のもうひとつは、双務契約における両債務の相互性ないし牽連性である。ドゥモロンブは、「黙示の解除条件」を創出したのは法律自体ではなく、反対に、法律がその本質の正確な分析によって、契約から「黙示の解除条件」を導き出したのだと主張する⁷¹。この立場は、双務契約の本質である両債務間の相互性ないし牽連性から、「黙示の解除条件」が導き出されたと考え、「黙示の解除条件」の具体的内容に、コース理論を位置づけた。そこから、「黙示の解除条件」に関して、双務契約に内在する性質上、当然の論理的帰結が法律によって導き出されたにすぎないとの認識に辿り着いたのである⁷²。

コースを法的基礎とする立場は、1184条と1183条とを理論上まったく別異のものと認識し、双務契約に内在する本質としての両債務の牽連性ないし相互性から、「黙示の解除条件」を導き出した。そして、「黙示の解除条件」の実体をコース理論と位置づけたのである。しかし、コースのみでは「黙示の解除条

69 この見解は19世紀末に破毀院判例でも採用され、近時まで確固たる有力説としての地位を占めていた。

70 DEMOLOMBE (C.), *op. cit.* (64), n° 489, p. 460 et n° 490, p. 463.

71 DEMOLOMBE (C.), *op. cit.* (64), n° 490, p. 463.

72 ドゥモロンブの学説に顕著である。DEMOLOMBE (C.), *ibid.* ラロンビエールも、法律は契約のなかに、「黙示の解除条件」を独断で導入しているのではないとし、法律は、コース的關係を形成している両債務の相互性という本質から「黙示の解除条件」を導き出していると述べる。LAROMBIÈRE (L.), *op. cit.* (64), n° 1, p. 294~295.

ボワソナード旧民法典草案 (Projet) における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) の一素描
件」自体を根拠づけることはできても、1184条3項の裁判官の介入などをうまく説明できない。そこで、彼らは、抽象的だが柔軟な概念であるéquitéの力を借りることで、その介入などを説明しようとしたと思われる。

(4) 第4説；形式的にはpacte comissoireの黙示化で説明するが、実質的にはcause理論で根拠づける見解

ボワソナードが示した法的基礎と同じく、複数の法的基礎を組み合わせた立場として、この説が挙げられる。代表的論者としてティリィなどが与していた⁷³。この見解の「黙示の解除条件」の理解は、特殊である。たとえば、ティリィは、まずp.cの定義を示し、p.cが黙示的に存在していることを指摘して、この論理は合理的だと述べる⁷⁴。ところが、その直後に、「……両当事者のうちの一方の債務の目的は、他方当事者の債務のcauseなので、自身に対して債務が債務者のfauteによって履行されなかった当事者は、自身もまた給付の履行を拒むことができ、契約の解除を請求することができる。……」と主張する⁷⁵。

敷衍すると、この見解は、「黙示の解除条件」を形式上、p.cの黙示化で根拠づける。しかし、この見解は、さらに法定解除の法的基礎をコースにも求めるのである。

この見解が「黙示の解除条件」を、なぜ折衷説的に根拠づけたのかは定かでない。しかし、「黙示の解除条件」の特殊性については明確に認識しており、法定解除を黙示のp.cとして、解除条項（約定解除）を明示のp.cとして位置づけていた⁷⁶。また、1183条の解除条件との差異も認識している。ティリィは、1183条を「厳密な意味での解除条件」と表現し、この厳密な意味での解除条件

73 THIRY (Victor), *Cours de droit civil annoté au point de vue de la doctrine & de la jurisprudence belges & françaises par THIRY (Georges)*, Tome III, Paris et Liège, 1893, n^{os} 7~9, p. 11~14. ティリィらの学説の詳細は、拙稿 (1)372~374頁および関連注参照。

74 THIRY (V.), *op. cit.* (73), n^{os} 7 et 8, p. 12~13.

75 THIRY (V.), *op. cit.* (73), n^o 8, p. 13.

76 THIRY (V.), *op. cit.* (73), n^o 7, p. 13.

とp.cを混同してはならないと指摘する⁷⁷。また、1184条について、厳密な意味での解除条件は問題にならないとも述べており、同条は特有の条文と捉えるべきだと主張する。なお、両条の具体的差異に関しては、解除が当然に生じるか否か、および、両当事者ともに解除を援用できるか否かを分水嶺として挙げている⁷⁸。

この見解は、19世紀において、「黙示の解除条件」を解除条件以外の法理論ないし法規範によって根拠づけた二大潮流（p.cの黙示化とcause理論）をなかば強引に接合した点にその特質が存するといえる。

（5）註釈学派のまとめ

第2説ないし第4説は、解除条件と異なる法理論または法規範で「黙示の解除条件」を根拠づけた点において、法定解除の仕組みを法文（1184条）に捉われることなく分析した学説と評価することができよう。他方、第1説は、「黙示の解除条件」の特殊性を認識しつつも、あくまで文言通りに解除条件の枠内で理論上の実質的修正を試みたに留まる。だが、第1説は、19世紀の間、学説上は衰退することなく、ボワソナードが『プロジェ・初版』註釈で示した法的基礎に対しても、少なからぬ影響を与えていたと考えられる。

3 ボワソナードが示した法的基礎と註釈学派の法的基礎（論）との比較

前述の通り、ボワソナードは、『プロジェ・初版』註釈において、法定解除（不履行解除）の法的基礎につき、複合的な理論構成を示した。その特徴は、①「黙示の解除条件」を契約当事者の蓋然的意思ないし当事者意思の推定によって根拠づけた点、②「黙示の解除条件」との対比で、「明示の解除条件」を解除条項（約定解除）と位置づけた理論、および③「黙示の解除条件」を先取特権の一種と理解した点にあった。

77 THIRY (V.), *op. cit.* (73), n° 7, p. 11 et 13.

78 THIRY (V.), *op. cit.* (73), n° 8 et 9, p. 13~14.

『プロジェ・初版』第3巻が刊行された1882年当時、フランスの学説では、「黙示の解除条件」の法的根拠づけに関して、前掲第1説ないし第3説までが既に出そろっていた。では、ボワソナードが示した法的基礎は、註釈学派の諸見解との関係で、どのように理論的に配置・整理されるべきか。まず、①の当事者意思の推定という法的基礎については、註釈学派のうち、第1説に与するマルカデの示した法的基礎に類似した構成といえる。しかも、ボワソナードは、草案441条の「黙示の解除条件」を、原則として解除条件の枠組みのなかで理解していたと評価することができるので、ボワソナードの法定解除の法的基礎は、前掲註釈学派のうち、「黙示の解除条件」を解除条件の枠組みで理解しつつ、その特殊性についても認識を示す立場になじむ理論構成とも考えられる。

しかし、ボワソナードは、②の特徴、すなわち、「明示の解除条件」を約定解除と位置づけ、しかも、解除条項を意味するp.c概念をめぐる議論を草案規定のなかに意図的に持ち込まない理論構成を採っていた。この点をどう理解すべきかは相当に難解である。註釈学派の第1説は、いずれもp.cを解除条項（約定解除）と位置づけていたからである。

また、ボワソナードは、当時（1870年代～1880年代初頭）のフランスの学説上、法的基礎（論）における有力説の地位を占めていたp.cの黙示化で根拠づける見解を採用せず、かつ、同じく有力説の一角であったコーズ理論で根拠づける立場とも明らかに距離を置いていた⁷⁹。これらから、ボワソナードの示した法的基礎の理論的根幹は、やはり、註釈学派における第1説に近接したものであったと評価せざるを得ない。つまり、解除条件の枠組みのなかで「黙示の解除条件」の特殊性を認識しつつ、他方、註釈学派の第1説とも異なり、解除条項（約定解除）を「明示の解除条件」と位置づけるという、柔軟とも、あるいは、約定解除の基礎理論には無関心とも受け止められうる理論構成を示し

79 『プロジェ・初版』草案441条および同442条註釈の分析結果から、なぜボワソナードが「黙示の解除条件」の法的根拠づけに cause を用いなかったのかは、明らかににはならなかった。この点は、今後の課題としたい。

たものと考えられる。

そして、ボワソナードの示した法的基礎の最大の特徴である③の点、つまり、先取特権の一種として「黙示の解除条件」を理解する構成については、註釈学派のどの立場においても示されなかった法的基礎であることを確認することができる。では、彼の示した先取特権の一種という法的基礎は、註釈学派との比較において、どのように理論的に受け止められるべきか。

ボワソナードは、不動産売買における代金不払いによる売主からの解除という限られた局面においてのみ、「黙示の解除条件」を先取特権に依拠・連関させる理論構成を示し、それ以外の局面における解除に関しては、法的基礎として先取特権を採用しなかったと考えられる。註釈学派のいずれの論者も、ここまで具体的な事案を想定して不履行解除の法的基礎を論じていなかった点と比較すると、ボワソナードの示したこの法的基礎は、画期的だったと評価できる。しかも、解除した後の問題（＝解除の効果）と「黙示の解除条件」の法的基礎とを先取特権を介在させて論じた点は、註釈学派には見られない独創的見解であったと思われる。

よって、ボワソナードが『プロジェ・初版』註釈で示した法定解除の法的基礎は、註釈学派との関係でいえば、「黙示の解除条件」をあくまで解除条件の枠組みのなかで理解するものの、その特殊性についても認識していた第1説、なかでも、マルカデの見解から影響を受けていた可能性が考えられ⁸⁰、かつ、限定的な解除の局面においてではあれ、先取特権を「黙示の解除条件」の法的根拠づけに用いた点は、多分にボワソナードの独自の見解である可能性が高いと思われる。

80 ボワソナードがわが国の地を初めて踏んだのが明治6年(1873年。以来、一時帰国を挟み、明治28年〔1895年〕まで滞在することになる。)であるから、彼がパリに居た当時、既に同地で出版されていたマルカデの著作 MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 6^e éd., Tome IV, Paris, 1866 (前掲・注49参照。)を参照していた可能性は充分に考えられる。なお、ボワソナードのわが国における滞在期間については、大久保・前掲注 (1)42頁を参照。

4 結論

最後に、註釈学派における法定解除の法的基礎 (論) との比較・検討から明らかになったと思われるボワソナードの示した法的基礎の特質に潜在する可能性につき私見を提示する。

フランス債務法における法定解除の法的基礎 (fondement juridique) 論とは、「黙示の解除条件」(フランス民法1184条1項)を主たる分析対象として、不履行解除の本質に接近しようとする議論である。よって、当然のことながら、「黙示の解除条件」とは何か、通常の解除条件 (明示の解除条件) との差異は何かという法的根拠づけけない基礎理論が最優先に論じられる。だが、ボワソナードは、たしかに、わが国 (旧) 民法典草案の起草という特殊な研究環境下においてではあったが、「黙示の解除条件」自体の基礎理論の正当化・根拠づけに拘泥することなく、不動産売買における代金不払いによる売主からの解除といった具体的紛争類型を想起しながら不履行解除の基礎理論を構築したといえる。その際、重要と考えられる点は、ボワソナードが「黙示の解除条件」を先取特権 (privilège) の一種として理解する構成を採ったことの論理的帰結である。前述の通り、先取特権を実際に行使する局面は、これを解除に置き換えれば、解除した後の問題、すなわち、解除の効果の問題に接近する。ボワソナードは、意識的か、あるいは、無意識的かは定かでないが、不履行解除の法的基礎を解除の効果からも分析する視点を有していたといえる。この発想は、少なくとも同時代を生きた註釈学派の法的基礎 (論) には見られなかった視角といってよい。註釈学派は、「黙示の解除条件」の法的基礎から演繹的に不履行解除の要件を導き出すなど、法的基礎論と要件論とを接合・連関させていた⁸¹。だが、ボワソナードは、これに加えて、解除の効果をも含めたより広い視角から法的基礎に接近していたと考えられる⁸²。

81 註釈学派における法定解除の法的基礎 (論) と要件論との関係については、拙稿 (2・完) 182～203頁および関連注を参照されたい。

82 なお、ボワソナードの見解が「黙示の解除条件」の法的基礎として、部分的にではあれ、先取特権の一種という解除条件の枠組みからは外れた法理論に依拠・連関していた実際の

六 むすびにかえて

本稿に残された課題は数多い。なかでも、喫緊の課題は、『プロジェ・第二版』および『同・新版』註釈における法的基礎の検討であろう（『公式理由書』も含む。）。ボワソナードの「黙示の解除条件」に対する原則的な考え方は、旧民法典の仏語公定訳まで変わらないが、複合的な法的基礎であるだけに、各要素の重要性（先取特権の一種として理解する理論構成など）が微妙に変動している可能性がある。よって、分析を急ぐ必要がある。次に、註釈学派における法定解除の法的基礎（論）の再整理である。本稿では、拙稿（1）で示した法的基礎の分類に拠ったが、この問題については、資料の追加的拡充・再分析も含め、腰を据えて取り組むべき課題となろう。また、ボワソナードの示した、先取特権の一種として「黙示の解除条件」を理解する理論構成が20世紀以降のフランスの学説に対して、法的基礎（論）の観点からどのような影響を与えたかについても、分析が急務となろう⁸³。これらの課題群については、別稿公表のかたちで他日を期したい。

今後の展望としては、昨年改正されたフランス民法典における新しい不履行解除制度の法的根拠づけ、すなわち、法的基礎（論）の帰すうについての分析が挙げられる。体系書の記述等は当然のこととして、テーズや裁判例における

理由としては、わが国における（旧）民法典施行後の実務および理論上の参考に供するために、このような理論を示したのではないかとも思われる。法典施行後（法典論争の結果、旧民法典の施行は実現しなかったが）、裁判上の解除として解除訴訟に現れることが容易に予想される紛争類型（不動産売買の解除事案）についてのみ、踏み込んだ先取特権という法的基礎を示したと考えられなくもない。だが、この点はあくまで筆者の推測の域を出ない。

83 フランス民法1184条の「法的基礎 *fondement juridique*」という表現（特に、「法的 *juridique*」という形容詞を付した表現）をはじめて用いたのは、管見の限り、不履行解除論史についてのテーズを著したブワイエと考えられる。そのブワイエは、テーズの結論部分において、法的基礎としての先取特権の可能性にわずかではあるが言及していると見られる節がある。この点、ボワソナードの学説からの影響の有無について、分析を急ぐ必要がある。BOYER (Georges), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse, Paris, 1924, p. 40（解除の法的基礎 *Fondement juridique de la résolution* という表現を用いている。）et 407（法的基礎としての先取特権に言及していると思われる箇所。）。

ボワソナード旧民法典草案（Projet）における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の一素描
採り上げられ方など、「黙示の解除条件」構成と訣別したフランス民法における
新たな解除制度の今後の動向を注視していきたい。

【付記】

堀田 泰司先生には、公私に渡り約10年、大変お世話になっている。最近では、共著教科書執筆をご一緒させていただいた。その際、先生から、遅筆な筆者に対して、厳しくも温かなご指導を頂戴したことは、現在の筆者にとってかけがえのない心の財産となっている。親子ほど歳が離れている若輩浅学の徒である筆者のことを気にかけて下さり、この点、この場をお借りして厚く御礼申し上げます。先生の益々のご健康・ご活躍を祈念しつつ、拙稿を先生に捧げる次第である。

以上

（ふくもと し のぶ 北九州市立大学法学部准教授）